

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

Implementación de un adecuado programa de compliance, en donde las casas matrices pueden mitigar responsabilidad por las acciones de una subsidiaria

María Emilia Escobar Pérez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: María Emilia Escobar

Código: 00205611

Cédula de identidad: 1718549601

Lugar y Fecha: 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en:

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on

IMPLEMENTACIÓN DE UN ADECUADO PROGRAMA DE COMPLIANCE, EN DONDE LAS CASAS MATRICES PUEDEN MITIGAR RESPONSABILIDAD POR LAS ACCIONES DE UNA SUBSIDIARIA¹

IMPLEMENTATION OF AN ADEQUATE COMPLIANCE PROGRAM, WHERE PARENT COMPANIES CAN MITIGATE LIABILITY FOR THE ACTIONS OF A SUBSIDIARY.

María Emilia Escobar Pérez²
Emiesco99@gmail.com

RESUMEN

El *compliance program* es un elemento clave dentro de las empresas, el cual se basa en implementar dentro de éstas una serie de normativas aptas para lograr la prevención de delitos que pueden ser cometidos dentro de ellas o por miembros de dicha organización. El presente estudio demostrará el porqué de la importancia de una buena implementación de un programa de cumplimiento dentro de las filiales o subsidiarias para que, así, la casa matriz pueda mitigar responsabilidad por las acciones de una subsidiaria. Para esto se analizará casos de estudio como el reconocido “Caso Odebrecht”, el “Caso Pfizer” o el “Caso FIFA”. De la misma manera, se ha analizado de manera exhaustiva la normativa internacional tanto como nacional, en donde se llegó a la conclusión de que la actual legislación ecuatoriana ha tenido influencia de normativa extranjera en el ámbito de la aplicación del *compliance* dentro de las empresas.

PALABRAS CLAVE

Cumplimiento, filial, subsidiaria, casa matriz, responsabilidad.

ABSTRACT

The compliance program is a key element within companies, which is based on implementing within the company a series of regulations suitable to achieve the prevention of crimes that can be committed within the company or by members of that organization. This study will demonstrate the importance of a good implementation of a compliance program within the subsidiary companies so that the parent company can avoid liability for the actions of a subsidiary. For this purpose, case studies such as the "Odebrecht Case", the "Pfizer Case" or the "FIFA Case" will be analyzed. Likewise, an exhaustive analysis of international and national regulations was carried out, where the conclusion was reached that the present Ecuadorian legislation is influenced by foreign regulations in the field of the application of compliance within companies.

KEY WORDS

Compliance, subsidiary, responsibility parent company

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Felipe Coronel

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE. - 3. MARCO TEÓRICO. - 3.1 NOCIONES PRELIMINARES. - 3.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS. - 3.3 BUEN GOBIERNO Y PROGRAMAS DE COMPLIANCE 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 4.1 LEY DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL EXTRANJERO FCPA.- 4.2. NORMATIVA INTERNACIONAL. - 4.3 NORMATIVA NACIONAL.- 5. CRIMINALIDAD ECONÓMICA.- 6. CASOS EBLEMÁTICOS DE CORRUPCIÓN CORPORATIVA.- 7. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD MATRIZ Y PARTES RELACIONADAS.- 8. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.- 9. CONCLUSIONES. -

1. Introducción

El cumplimiento o *compliance* se puede entender como una herramienta o conjunto de medidas organizativas contra la corrupción dentro las empresas. Para Wellner

El *compliance* de manera general comprende una estructura corporativa que provee una especie de autorregulación hacia el interior de la misma con el propósito de detectar y prevenir posibles incumplimientos normativos con consecuencias sancionadoras naturalmente negativa³

En el siglo XXI, el *compliance* ha sido una figura que ha tomado mucha fuerza como un mecanismo de control para la anticorrupción. Para Bernarda Muriel:

El cumplimiento corporativo ha tomado mayor trascendencia ya que, no solo es un requisito legal para fomentar el desarrollo de actividades de forma responsable, sino que además constituye el eje central para construir una cultura empresarial íntegra. Ésta se encuentra basada en seguridad mediante programas de prevención de responsabilidad administrativa, civil o penal⁴.

En el Ecuador, el programa de cumplimiento normativo dentro de las empresas también ha sido tomado en cuenta. Su regulación se presenta en leyes nacionales que tienen influencia del ordenamiento jurídico internacional. Un ejemplo de esto, que se verá a lo largo del presente estudio, es la *Foreign Corrupt Practice Act* (en adelante FCPA). Esta ley, cuando salió a la luz, tenía como objetivo principal fijar principios para ser tomados en cuenta para evitar la corrupción empresarial fuera de los Estados Unidos.

³ Philip Wellner, “effective compliance programs and corporate criminal prosecutions” (2006), 499

⁴ Bernarda Muriel, Compliance: Su evolución y desafíos en Ecuador. (USFQ Law Review, 2017), 161.

Es así como, el carácter normativo de la ley, los precedentes judiciales que se han establecido y el marco punitivo propuesto serán examinados a lo largo del artículo. Veremos casos en los que el Departamento de Justicia y la Comisión de Acciones y Valores de los Estados Unidos ejercen jurisdicción porque ciertos actos corruptos, a pesar de haberse cometido materialmente fuera de los Estados Unidos, se realizaron, por ejemplo, a través del correo electrónico por una compañía norteamericana. De este análisis se extraerán observaciones sobre la idoneidad de la definición doctrinal de jurisdicción en relación con el ámbito de aplicación de la FCPA. El artículo concluirá con un breve análisis de las implicaciones potenciales de la ley en cuestión dentro del contexto del derecho ecuatoriano.

De la misma manera, una vez que se plantee la influencia que ha tenido el legislador ecuatoriano en cuanto a la implementación de sistema de leyes referente al “cumplimiento”, se presentarán casos de estudio para luego llegar a la conclusión que atañe a este trabajo. La pregunta que nos plantearemos es ¿por qué es importante la implementación de un adecuado programa de cumplimiento normativo para que la empresa matriz pueda mitigar responsabilidad por una empresa subsidiaria? Para poder responder a tal interrogante, los casos que se analizarán son los conocidos “Caso Odebrecht”, “Caso Pfizer” y “Caso FIFA”. Estos tienen relevancia dentro del estudio, puesto que demuestran cómo actos de corrupción o violación de la ley dentro de las empresas han repercutido en sus casas matrices. Además del análisis de estos casos, se examinará la influencia de la normativa internacional en los presupuestos que la legislación ecuatoriana plantea para que una empresa llegue a tener un adecuado programa de cumplimiento.

La propuesta metodológica que se usará en este trabajo es deductiva, en donde se realizará un análisis jurídico en el área del cumplimiento reglamentario, que se basará en legislaciones tanto internacionales como nacionales y tratados internacionales, como lo es el Décimo Principio del Pacto Global de las Naciones Unidas el cual describe “pasos a seguir” para que las empresas luchen en contra de la corrupción. Por otra parte, se utilizará una técnica cuantitativa, pues la información se obtendrá a partir de informes históricos y de la normativa y su evolución. De la misma manera, es explicativo, pues se demostrará el porqué de la importancia de la implementación de un adecuado programa de *compliance* que vaya desde la casa matriz hasta sus filiales o subsidiarias. Finalmente, se considerará

un método dogmático, pues se observará la apreciación y opiniones de relevantes doctrinarios.

2. Estado del Arte

Para Juan Pablo Pampillo el “*compliance* puede reconocerse desde mucho antes, puesto que en la antigüedad se veía que en la gestión de los negocios y más que nada en las actividades colectivas, el tema de la regulación y autorregulación se vino dando”⁵. Sin perjuicio de lo anterior, la verdadera relevancia del *compliance* en el mundo comienza a tomar forma a partir del Siglo XXI, puesto que muchas empresas empiezan con el reto de querer adoptar programas de cumplimiento dentro sus organizaciones. La figura del cumplimiento se aplicó primero en Estados Unidos y comenzó a tomar forma con la denominada Ley FCPA (en español comúnmente denominada como Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero) promulgada en el año 1977. Luego de esto, ésta norma ha sido tomada y utilizada como un estándar en materia anticorrupción por leyes de otros países que también adoptan y utilizan el criterio de la extraterritorialidad. ⁶Un claro ejemplo de esto es la denominada Ley contra el Soborno del Reino Unido del año 2010 (UK Bribery Act).

Una vez mencionada una de las leyes pioneras en el mundo, que es la FCPA, tenemos un estudio del abogado Víctor Cabezas, el cual en el año 2015 publicó una investigación académica denominada “La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?”. En este análisis, el jurista indicó que, en 1977, como resultado del surgimiento de una política legislativa extraterritorial, se promulgó la FCPA en los Estados Unidos, cuyo objetivo principal es sancionar los actos de corrupción cometidos fuera de los Estados Unidos por cualquier persona que tenga vínculos directos con dicho país, ya sean o personas naturales o jurídicas. La aplicación de la ley FCPA ha ampliado la jurisdicción del poder judicial estadounidense, en virtud de la globalización de los mercados y la creciente interdependencia comercial entre las naciones⁷.

⁵Juan Pablo Pampillo, "Un panorama general del compliance nociones, orígenes, evolución e implantación". (Revista lex Mercatoria, 2021), 37–51.

⁶ Diego Sabat, “Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. Aplicación extraterritorial de leyes anticorrupción”, (Rosario, 2019), 2294.

⁷ Víctor Cabezas. "La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?", (USFQ Law Review, 2015), 59–82.

En el año 2016, el abogado Stalin Raza publicó la investigación “La función del *compliance* en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, donde se examinaron cinco aspectos esenciales: 1. El estado actual de la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto desde el punto de vista teórico como práctico; 2. La compatibilidad constitucional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 3. Los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas conocidos hasta el momento; 4. Las cuestiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con la doctrina penal habitual; y 5. Las funciones de cumplimiento para evaluar la respuesta⁸. Esta investigación nos ha llevado a ver la forma en la que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se maneja hoy en día.

De la misma manera, observamos que la abogada María Paula Garat publicó, en el año 2018, una investigación sobre “El *compliance* de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales” donde se examinan brevemente varios aspectos de la garantía jurisdiccional. Este artículo ayuda a determinar el impacto que tiene el cumplimiento empresarial en la plena efectividad de los derechos, punto que los Estados deben abordar y promover. Se trata de que las empresas y organizaciones acepten derechos y, más concretamente, un derecho indicativo, establezcan procedimientos internos para facilitar la aceptación y exijan que otros proveedores y partes contratantes lo respeten. Se estudian numerosos ejemplos prácticos de este fenómeno y se sugiere cómo esto puede resultar en una mejora significativa en la aplicación práctica de ciertos derechos⁹.

Por otra parte, el autor Diego Sabat, en el año 2019 menciona que, en la actualidad, en la era de la globalización podemos encontrar a varias empresas multinacionales que operan simultáneamente en varios países a través de sociedades subsidiarias diferentes. Éstas se encuentran controladas bajo la dirección estratégica de una sociedad matriz. Por ende, tenemos que las prácticas corruptas cometidas por las sociedades subsidiarias o

⁸José Pazmiño y Alfredo Liñán. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era compliance en Ecuador? Un diálogo con España". (Iuris Dictio, 2021), 19.

⁹María Paula, Garat. "Compliance de las Empresas: Un Instrumento para el Cumplimiento Normativo y Una Garantía para los Derechos Fundamentales". (Revista de la Facultad de Derecho de México 68, n.º 271,2018), 555.

filiales podrían, bajo los supuestos comprendidos en diversas leyes anticorrupción, hacer responsable a su sociedad matriz, generando así responsabilidad civil o penal en éstas¹⁰.

Finalmente, en el año 2020, el autor Ricardo Furfaro, en su obra “La relevancia de *compliance* para limitar las prácticas corruptas en el mundo empresarial”, menciona que cuando los fondos públicos están en juego, existe una asociación general entre la corrupción y el sector público y, como resultado, generalmente se puede determinar si un gobierno es corrupto o no. Sin embargo, también impacta y a menudo involucra al sector privado, lo que demuestra que la noción de cumplimiento puede considerarse totalmente contemporánea, incluso si una parte considerable de la población mundial desconoce las verdaderas implicaciones que esta idea tiene tanto en la teoría como en la práctica. Las pocas personas que conocen este tema lo asocian con precisión con la honestidad, la integridad y la ética en el comportamiento o la acción humana, pero su conocimiento se limita a la mera teoría y muchas veces son pesimistas sobre las ventajas de implementar un programa de cumplimiento.¹¹

3. Marco Teórico

3.1 Nociones preliminares

Abarcadas las consideraciones generales referentes a la investigación, es preciso ahora aproximarnos a ciertas particularidades propias del plexo societario que permitirán aterrizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De modo que, partimos de la ramificación en la organización de empresas multinacionales.

La empresa multinacional puede situar su domicilio en un Estado específico y a su vez, disponer de filiales en otras naciones con el objeto de propiciar el buen desenvolvimiento internacional de su actividad económica. De cara a esto, entendemos a la multinacional como un conjunto de sociedades que llevan a cabo sus actividades bajo la inspección constante de una sociedad dominante. Aquí es donde deviene el término *holdings* internacionales o también denominada Unidad de Propósito y Dirección ejercida por la sociedad cabeza de grupo, cuya particularidad que la diferencia del anterior supuesto, radica en que cada sociedad mantiene su propia personalidad jurídica, distinta a la de las

¹⁰ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. Aplicación extraterritorial de leyes anticorrupción, 2294.

¹¹ Ricardo Furfaro, “La relevancia de *compliance* para limitar las prácticas corruptas en el mundo empresarial”, (2020).

otras, aunque respondan a una orientación o parámetros comunes en cuanto al control indicado. La importancia en diferenciar ambos supuestos reside en que las probabilidades de enjuiciamiento de la multinacional en el Estado “matriz” difieren de modo fundamental¹².

Hasta este punto de lo explicado, resulta conveniente especificar, desde la perspectiva societaria, que la compañía *holding* configura un grupo empresarial conformado por la empresa matriz y una o varias subordinadas, mismas que podrán ser ubicadas de manera local o en otros Estados. Es así como, a la sociedad *holding* la podemos entender como aquella que es tenedora de participaciones, generalmente acciones, de otras sociedades¹³, cuya magnitud le permite controlarlas o dominarlas¹⁴. Abarcada la conceptualización de la figura del *holding*, resulta importante referirnos al desglose común en cuanto al grupo empresarial, de manera que, la empresa matriz o doctrinariamente mencionada como sociedad matriz, dispone suficiente poder con derecho a voto sobre otras empresas, las empresas filiales, en cuanto al control en sus gestiones y las operaciones influyentes que se ejecuten.

Dicho esto, se deriva que el fundamento de esa figura societaria, por un lado, denota en la pluralidad jurídica debido a la existencia de varias personas jurídicas, donde de forma eventual la esencia de algunas será societaria, y otras ostentarán el carácter extra societario. Por otro lado, la unidad empresarial o económica es también parte de su fundamento, puesto que de manera común solamente un capital nutrirá a las empresas subsidiarias y se remunera ya sea de forma directa o indirecta, sin contar con que el fondo existe un único centro de decisiones en la Empresa de Grupo¹⁵.

3.2 Antecedentes históricos

Las figuras jurídicas inmersas en los programas de cumplimiento se han presentado con diferentes impactos históricos. Así lo menciona Valera Artza con respecto al fenómeno social de la corrupción:

¹² Olga Martín, “Empresas multinacionales y derechos humanos en derecho internacional”, (Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2008).

¹³ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. Aplicación extraterritorial de leyes anticorrupción, 2294.

¹⁴ Favier Dubois, Eduardo M. y Favier Dubois, Eduardo M., “La sociedad “holding” y la sociedad “filial” en el derecho argentino”, (Errepar, DSE, Nro. 276, 2010), 1190.

¹⁵ Pablo Córdoba, "Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana", (Revista de Derecho Privado, 2006), 51–101.

Podemos situar el comienzo de la corrupción en la cúspide de la civilización, especialmente cuando el hombre se agrupa inteligente y sistemáticamente, pasando de las bandas errantes a los pueblos y ciudades; cuando crea las naciones y la propiedad privada; y cuando lo hace, también crea valores y comportamientos relacionados con sus conductas comerciales, políticas y religiosas, lo que le permite al hombre hacer algo más que comer.¹⁶

Exponiendo la figura de la criminalidad económica por medio de organizaciones delictivas, siendo, en ese entonces, delitos de difícil o imposible persecución dada la relación al de imputación con las complejas formas a las personas jurídicas, tanto nacional como extranjera. En otras palabras, podemos decir que se escondían detrás de la estructura organizativa de la sociedad o de las empresas para delinquir.

En Ecuador, la responsabilidad penal de la persona jurídica se estableció en el año 2014 con la entrada del denominado Código Orgánico Integral Penal. A pesar de esto, la normativa sobre los programas de cumplimiento recién¹⁷ se incorporó con la entrada en vigencia de la ley orgánica reformativa al COIP, en el año 2021. En la reforma del COIP se han introducido cuatro circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Estos se los verá a profundidad en el apartado 4.3 denominado Normativa Nacional. De la misma manera mencionamos al Plan Nacional por la Integridad Pública y Lucha contra la Corrupción de la FTCS 2019-2023, el cual es un instrumento jurídico que contiene objetivos de Política Nacional en donde se proponen metas, indicadores y plazos para que las empresas o instituciones tengan transparencia e integridad dentro de sus estructuras.

Lo anterior se basa en la existencia de sistemas de integridad, normas, programas y las correspondientes políticas de cumplimiento¹⁸. Por lo tanto, el propósito del presente texto es realizar un breve análisis de los programas de cumplimiento, sus requisitos y los desafíos que plantea la reforma al campo. En este contexto, los requisitos normativos recientes requieren análisis.

3.3 Buen gobierno y programas de cumplimiento

¹⁶ Valera Artza, “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y Límites”, Marcial Pons, (2013), 45-74.

¹⁷ Mariana Toalí, Compliance Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, (IURIS DICTO, 2022), 135.

¹⁸ Juan González, “Consideraciones acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus fíales” (Revista de Estudios Europeos, 2021), 4.

El concepto de gobierno corporativo lo entendemos como una figura que tiene relación con el establecimiento de estrategias reguladoras que están orientadas a la protección de los operadores vulnerables¹⁹. Para lo cual, se emplean objetivos para lograr la estructura corporativa, por medio de los derechos legales de la sociedad que deben actualizarse para incluir cambios en la ley. Por consiguiente, la propensión de los legisladores para adoptar regulaciones orientadas a los negocios que sean consistentes con la responsabilidad extraterritorial debe elevarse a un nivel normativo por encima de "*Comply or Explain*"²⁰. Este término se entiende como un enfoque regulatorio que tiene como objetivo que una empresa cumpla con las guías y recomendaciones en materia de buen gobierno.

Esto significa que no solo se regulan estas políticas en sí mismas, sino también las consecuencias no coercitivas de su incumplimiento, las cuales son impuestas por metodologías de gobierno corporativo y son verificables a través de la adopción de normas obligatorias, de acuerdo a principios consensuados que se elevan a normativo o mediante el establecimiento de un conjunto de directrices normativas²¹.

Con respecto a los programas de cumplimiento normativo, el autor Ivó Coca los entiende como marcos regulatorios que incluyen sistemas internos de gestión de riesgos corporativos enfocados en minimizar las violaciones regulatorias en las operaciones centrales de la organización²². Estos programas, en particular, son un mecanismo de autorregulación que busca asegurar que las empresas cumplan efectivamente con los deberes y obligaciones establecidos por ordenamientos jurídicos y autorregulación de las industrias.

Recordemos que el concepto de cumplimiento adquiere fuerza como consecuencia de una serie de reformas legales que se produjeron como resultado de ciertos escándalos políticos y económicos en los Estados Unidos. Uno de estos fue el famoso caso de

¹⁹ Mariano Teijeira Rodríguez, "Legal Compliance: Conceptualización en el marco de la regulación corporativa. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz", Getafe: (Universidad Carlos III de Madrid 2015), 935-948.

²⁰ Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. (CNMV, 2013). <https://www.cnmv.es/portal/legislacion/COBG/COBG.aspx>

²¹ María José Morillas, Pilar Perales, Leopoldo Porfirio, "ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL", (Universidad Carlos III Madrid, 2015).

²² Ivó Coca Vila, "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, en Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas", (Barcelona: Atelier, 2013), 43-76.

“*Watergate*”, ocurrido a principios de la década de 1970 como resultado del robo de documentos del complejo de oficinas *Watergate* en Washington DC, que servía como sede nacional del Partido Demócrata de los Estados Unidos.

La Security and Exchange Commission (por sus siglas en inglés, SEC) descubre que más de 400 compañías estadounidenses han participado en pagos ilegales a cargos públicos o partidos políticos en el extranjero. El caso de la compañía aeroespacial Lockheed es uno de los más escandalosos en donde en el año 1976 se reveló que esta empresa habría pagado 22 millones de dólares a funcionarios del Gobierno japonés en el transcurso de una venta de aviones.²³

La adopción de medidas y procedimientos internos, sistémicos, organizados y sostenibles, con el objetivo de asegurar que el negocio cumpla con la legalidad vigente y, en consecuencia, prevenir y mitigar adecuadamente la comisión de actos ilícitos, penales o administrativos es lo que los programas de cumplimiento normativo buscan²⁴. El marco regulatorio autoritario de tales programas demuestra su naturaleza fundamentalmente voluntaria. Considerando que el término "autorregulación" en su sentido más estricto se refiere a aquellas situaciones hipotéticas, en las que el agente económico en cuestión es el único que cuenta con un marco normativo interno, se requiere de la intervención pública para incentivar, imponer y completar el marco normativo interno con sus dependencias, específicamente con partes relacionadas²⁵.

Por lo tanto, los programas de cumplimiento son de gran ayuda para las empresas, ya que tienen muchos beneficios para ellas, como prevenir el incumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos por el ordenamiento jurídico y los costos asociados al hacerlo, mejorar la reputación y, en ciertos casos, reducir las multas. Es por eso la importancia de que una empresa, en este caso de estudio, la casa matriz, implemente un buen programa de cumplimiento normativo.

²³ Martha Remacha, “Compliance, ética y RSC, en Cuadernos de la Cátedra la Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo”, (No. 31, 2016), 6. <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0411.pdf4> Ibid.

²⁴ Giuliana Zúñiga Díaz y Luis Enrique Vilca Ravelo, “La Implementación de un Programa de Cumplimiento Efectivo como Eximente o Atenuante de Responsabilidad por Infracciones Administrativas”, (Derecho & Sociedad 54, 2020), 397-412.

²⁵ Carlos Alza Barco, “Autorregulación. Apuntes Conceptuales”, (Derecho & Sociedad 36, 2011), 74-78.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1 Ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA)

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) fue promulgada por el presidente Carter. Esta Ley penaliza a las personas y organizaciones por pagar sobornos a funcionarios públicos extranjeros, así como a emisores de valores nacionales que no evitan o detectan dichos pagos en sus libros, registros, o sistemas de control contable interno. Restaurar la confianza en el sistema empresarial estadounidense era el objetivo que se perseguía. Paulatinamente, surgieron diferentes herramientas internacionales para combatir la corrupción, que sirvieron de modelo para las posteriores reformas de justicia penal que se implementaron en los ordenamientos jurídicos de algunos países (como España, Argentina, Perú, Colombia, etc.). Posteriormente, se emitieron instrumentos internacionales, como el Marco Integrado de Control Interno, promulgado por el Comité de Organizaciones que patrocina la Comisión *Treadway* en el año 1985, donde respaldaban la implementación de controles internos en las compañías para prevenir fraudes, con una gestión de riesgos acorde a la actividad comercial de la sociedad.

La FCPA compone el primer antecedente legislativo de penalización del soborno transnacional, en donde se le prohíbe ofrecer o dar sobornos u otro tipo de compensaciones a funcionarios públicos extranjeros con el fin de obtener o mantener negocios comerciales²⁶. De la misma manera, penaliza la contabilización fraudulenta de tales sobornos dentro de las empresas vinculadas mediante los registros contables. También, una de las características principales de esta norma es su aplicación, aun cuando el soborno sea realizado fuera del territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, dando lugar a un revolucionario concepto de aplicación extraterritorial. Para el doctor Manuel Torres, a la extraterritorialidad la derivamos de *extra*, fuera y *territorium*, se reduce, pues, a la aplicación de las leyes fuera del territorio en que rigen²⁷. Como vimos, FCPA es una ley que se creó específicamente para usarse fuera de los Estados Unidos. No está diseñada para uso interno, pues su objetivo es perseguir actos de corrupción de empleados públicos en el exterior. Se aplican otras reglas distintas al enjuiciamiento de robo a empleados públicos y robo a empresas en los Estados Unidos.

²⁶ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. Aplicación extraterritorial de leyes anticorrupción, 2297.

²⁷ Manuel Torres, Bases de una legislación sobre la extraterritorialidad, (Madrid, 2013), 7.

Considerando el antecedente de la FCPA, las razones que fundamentan su aplicación extraterritorial en el mundo corporativo hay que encontrarlas en la implementación de un mecanismo efectivo de lucha contra la corrupción más allá de las casas matrices.

Si las sanciones se dejaran libradas únicamente a los gobiernos nacionales, a los que pertenecen los funcionarios corruptos o a los territorios donde tuvo lugar el hecho ilícito, podría ocurrir que las propias administraciones nacionales no estén interesadas en investigar y sancionar los actos de corrupción cometidos por sus propios funcionarios²⁸.

Los criterios que habilitan la competencia extraterritorial de la FCPA son amplios. En términos generales, la nacionalidad estadounidense en alguno de los partícipes en el acto ilícito, el uso de empresas constituidas en los Estados Unidos, la utilización del sistema bancario norteamericano o de entidades financieras radicadas en dicho país, resultan una base potencial fuerte de jurisdicción. También la afectación de intereses de los inversores estadounidenses funda la jurisdicción para un proceso con base en la ley FCPA²⁹.

Diversas acciones bajo la FCPA se han llevado a cabo en los últimos años, algunas de las cuales han tenido un impacto mediático significativo debido a la conocida participación de las empresas involucradas. Estas acciones han sido realizadas tanto por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ), así como la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (SEC), que tiene jurisdicción principal sobre los emisores y sus empleados, directores y agentes³⁰.

4.2 Normativa Internacional

Dentro de esta sección tenemos acuerdos internacionales en donde los más relevantes son: Convención Interamericana contra la Corrupción, (CICC), 1996; Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, (OCDE), 1997; Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, (OCDE); Convenio de Sanciones Penales sobre la Corrupción, (CdE - Consejo de Europa), 1998; Convenio de Sanciones Civiles sobre la Corrupción, (CdE), 1999; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, (UA), 2003; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, (ONU), 2003. De la misma manera, tenemos al Pacto Global de las Naciones Unidas, en donde en su décimo principio se menciona o presentan ejemplos para que las empresas luchen en contra de la corrupción. Este décimo principio también incluye la lucha contra la extorsión y el soborno.

²⁸ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. 2297.

²⁹ *Ibidem*, 2297.

³⁰ *Ibidem*, 2298.

4.3 Normativa Nacional

Con las reformas incorporadas al COIP en el año 2021, se añaden las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los incisos a) al d) del artículo 45.7. Este artículo menciona 4 literales para que se configure las circunstancias atenuantes de la infracción:

- A) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.
- B) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.
- C) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.
- D) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización³¹.

Ahora, en el Art.49 del COIP encontramos tipificada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en donde se menciona que³²:

Art. 49 Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica³³

De la misma manera, con la reforma a este artículo podemos observar que:

Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin

³¹Artículo 45.7, Código Orgánico Integral Penal, R.O. No. 180, 10 de febrero 2014, reformando por última vez R. O. 131, 22 de agosto de 2022

³² Artículo 49, COIP.

³³ Artículo 49, COIP.

perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

1. Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;
2. Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;
3. Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;
4. Modelos de gestión financiera;
5. Canal de denuncias;
6. Código de Ética;
7. Programas de capacitación del personal;
8. Mecanismos de investigación interna;
9. Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;
10. Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema; y,
11. Programas conozca a su cliente o debida diligencia³⁴

Así mismo, se señala que, dependiendo del tamaño de la empresa, será requerimiento colocar un departamento u órgano autónomo que podría ser el Departamento de Cumplimiento, que deberá contar con un Oficial de Cumplimiento, el mismo que tendrá independencia y a quien se le ha de proporcionar todos los recursos necesarios para que pueda prevenir la comisión de delitos y pueda desarrollar de forma efectiva las funciones de supervisión, vigilancia y control que tenga encomendadas³⁵. En el caso de las PYMES (pequeñas y medianas empresas) debe haber una persona responsable que cumpla las funciones de control y vigilancia³⁶.

Además, es relevante mencionar a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Del Financiamiento de otros delitos, que regula cualquier actividad que pueda ser vulnerable al uso de lavado de actividades y otros delitos, además de la normativa mencionada anteriormente. En este punto es importante recalcar que existen iniciativas de cumplimiento en la legislación ecuatoriana. Se tiene la facultad y responsabilidad de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos normativos únicamente de las empresas que se consideren sujetos obligados a informar sobre sus operaciones.

³⁴ Artículo reformado por artículo 3 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de Febrero del 2021

³⁵ José Bajo Albarracín, “Sistemas de Gestión Compliance: en Guía Práctica”, (Centro de Estudios Financieros, 2017), 118.

³⁶ Mariana Toalí, “Compliance Programs y su incorporación en la legislación penal ecuatoriana”, 135.

Es así como, dar la apariencia de que los bienes adquiridos ilegalmente son legítimos entra dentro de la definición del delito de robo de capital, que tiene como objetivo encubrir los medios ilícitos por los cuales se obtuvo el dinero o la propiedad. Es un delito igualmente reconocido en los instrumentos internacionales utilizados para combatir el crimen organizado, ya que, en la mayoría de los casos, surge del tráfico de estupefacientes u otros delitos que se cometen específicamente para aumentar el patrimonio.

5. Criminalidad Económica

Podemos decir que se da un delito económico ausente de un control legal satisfactorio cuando se da una acumulación de infracciones penales, cometidos por personas naturales o jurídicas, que no han sido descubiertos ni perseguidos por el sistema judicial. Esto da paso a delitos de difícil o imposible persecución³⁷. Ante esto decimos que, cuando se da este delito económico ausente, muchas veces estos se esconden detrás de la estructura organizativa de la sociedad o de una empresa subordinada a la casa matriz justamente para prevenir la responsabilidad jurídica por los actos criminales consumados.

Según Luigi Foffani, el crimen organizado es un subproducto de la actividad económica, y esta actividad se está organizando cada vez más. Las formas de organización social actuales son particularmente complicadas, como es el caso de las empresas y las asociaciones gremiales relacionadas con el crimen organizado; considerando que las operaciones mercantiles se obtienen de negociaciones económicas ilícitas, de sociedades mercantiles constituidas inicialmente para formar un velo societario, para que los actos de sus socios o accionistas sean mitigados por la empresa y sus partes relacionadas³⁸.

En la actualidad, en general los países carecen de un modelo sancionatorio con alcance extraterritorial para atribuir responsabilidad penal por actuaciones de filiales y/o partes relacionadas en otras jurisdicciones. Esta situación que genera grandes debates respecto de si los mecanismos de control de la criminalidad económica internacional, vigentes en los ordenamientos jurídicos, son de carácter suficiente.

³⁷ Jorge Jiménez, "CRIMEN ORGANIZADO: UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO". (Gac. int. cienc. forense, 2015), 23–30.

³⁸ Luigi Foffani, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", (Universidad de Catonia), 5-17.

6. Casos emblemáticos de corrupción corporativa

La corrupción es un problema global que aflige a economías maduras y en desarrollo por igual, debiendo asumir que está presente en todas partes del mundo, en diversos grados³⁹. La corrupción, la podemos entender como un tipo de fraude que se caracteriza porque existe una persona que recibe alguna cosa de valor, no necesariamente un pago en efectivo, a cambio de hacer o dejar de hacer algo, de manera que con ello no estaría cumpliendo con las responsabilidades derivadas de su función, sino perjudicando los intereses que debería defender, y beneficiando indebidamente a un tercero que puede ser quien ofrece la dádiva, u otra persona u organización relacionada con él⁴⁰. Así, este tipo de fraude incluye a la corrupción de empleados de empresas del sector privado como la de funcionarios públicos.

En tanto, para otros autores como Catherine Stansbury y Neill Stansbury, la corrupción incluye el soborno, la extorsión, la estafa, el engaño, la colusión y el lavado de dinero⁴¹. En esta línea de pensamiento, hay autores que asimilan la corrupción y el soborno⁴², y finalmente quienes, al referirse a la corrupción, hacen referencia al soborno con especial atención a lo que denominan soborno transnacional, como categoría diferente del soborno doméstico⁴³.

Como respuesta a la generalización del fenómeno de la corrupción cobraron fuerte impulso las acciones internacionales encaminadas a controlar la expansión de dicho fenómeno. En ese contexto, deben destacarse tanto FCPA como una multiplicidad de convenciones multilaterales resueltas con el objeto de combatir la corrupción. La gran diferencia existente entre FCPA y las convenciones internacionales previamente referidas radica, entre otros motivos, en que la ley estadounidense extiende su ámbito de aplicación más allá de las fronteras de su país y cuenta con una agresiva política de sanciones para

³⁹ Raúl Saccani, "Tratado de auditoría forense: la investigación y prueba de los delitos de cuello blanco. Tomo I, 1ª Ed"., (La Ley KPMG, Bs. As, 2012), 477.

⁴⁰ Diego Cano, "Contra el fraude: prevención e investigación en América Latina, 1ª Ed", (Gránica, Bs. As, 2011), 187.

⁴¹ Catherine Stansbury y Neill Stansbury, "Manual de capacitación sobre Anti-Corrupción", (Sector de Infraestructura, Construcción e Ingeniería) en Versión Internacional, Global Infrastructure Anti-Corruption Centre y Transparency International (Capítulo Reino Unido), traducido por la Cámara Chilena de la Construcción, (2008): 4, disponible en <http://www.giacentre.org/>.

⁴² Raúl Saccani, ob. cit., 477.

⁴³ Carlos Manfroni, "Soborno transnacional, 1ª Ed", (1998), 27.

asegurar su cumplimiento, con diferencia de las convenciones internacionales que solo pueden emitir⁴⁴ recomendaciones.

Como a inicios del trabajo de investigación denotábamos el elemento de extraterritorialidad que alberga la ley estadounidense FCPA, así mismo la británica y francesa permiten la persecución de las empresas, aun si el delito no fue ejecutado en su territorio. Por esta razón las empresas globales deben estar atentas y portarse minuciosamente de cara al hecho, de que estas legislaciones pueden tener impactos directos en su operativa, incluso si su participación en lo económico sobre esos Estados es limitada.

Ahora, aprovechando la esfera internacional, resulta óptimo nutrir nuestra investigación con ciertos casos particulares donde se llevó a cabo la aplicación extraterritorial de la ley, algunas de las cuales han tenido un impacto mediático significativo debido a la conocida participación de las empresas involucradas. En los casos que estudiaremos, resalta la peculiaridad que el acto ilícito fue cometido en una de las empresas filiales de la casa matriz, misma que, en los pronunciamientos jurisdiccionales, resultó también siendo afectada.

Caso Pfizer

En agosto de 2012, las unidades de corrupción en el extranjero de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Security Exchange Commission o la SEC por sus siglas en inglés) y el Departamento de Justicia (Department of Justice o DOJ por sus siglas en inglés) demostraron que la multinacional farmacéutica estadounidense Pfizer, mediante una de sus filiales, la denominada Wyeth, habría sobornado a funcionarios extranjeros provenientes de Serbia, República Checa, China, Rusia, Bulgaria, Croacia, Kazajistán e Italia para que éstos les faciliten las aprobaciones de sus medicamentos y los incluyan en los formularios.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América anunció, mediante su portal institucional, la multa entablada a la sociedad matriz de más de USD\$60 millones por violar la FCPA a través de malas prácticas comerciales por parte de su filial Wyeth⁴⁵.

Caso FIFA

⁴⁴ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero. 2298

⁴⁵ Pfizer, Quarterly report pursuant to section 13 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934.

En el 2015, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos dio a conocer una investigación que resultaba el cometimiento por cargos de distintas manifestaciones corruptas por parte de altos empleados de la FIFA, incluyendo a otras personas vinculadas a la actividad de transmisión de torneos de fútbol. Si bien casi todos los implicados no son de nacionalidad estadounidense, el caso igual lo acogió el Departamento de Justicia, siendo analizado por casi tres años. Por lo tanto, este es un ejemplo importante de *compliance* en la lucha contra la corrupción y cuenta como un precedente.

Denotan algunas peculiaridades dignas de mencionar en este caso investigativo. La más notable fue la renuncia de Joseph Blatter a su puesto como presidente de esta entidad millonaria, y lo particular es que la renuncia tiene lugar menos de una semana de que se hizo pública la investigación y tan solo a 4 días de que Blatter fuese reelecto en su cargo.

La segunda cuestión que resulta importante es la determinación sobre la adjudicación de los Mundiales 2014 a Brasil y 2018 a Rusia y 2022 a Qatar, dejando una estela de dudas sobre si hubo o no corrupción en el proceso. Otro dato destacable de este caso radica en que, luego del inicio de la investigación en Estados Unidos, otros países empezaron sus propias investigaciones; hablamos del caso de Argentina, Australia, Costa Rica, Suiza y Ecuador.

Sin duda, se divisa el enorme daño que las filiales propias de esta importante entidad ocasionaron a su nombre y honorabilidad como consecuencia de no aplicar adecuadamente un programa de cumplimiento normativo, destacando que se encontraba vigente el Código de Ética de la FIFA (edición 2012), donde estaba incluido un capítulo para prevenir y sancionar las actuaciones concernientes a cohecho y corrupción.

Caso Odebrecht

No podía faltar una de las más grandes constructoras de Latinoamérica, la significativa Odebrecht, misma que se vio inmiscuida en una red de sobornos tan extensiva, alcanzando el aproximado en estos pagos ilegales de más de USD 788 millones para la obtención de contratos en doce Estados, involucrando a funcionarios e incluso partidos políticos.

En diciembre del 2016, el Departamento de Justicia de Estados Unidos entabla una sanción pecuniaria de 3.5 mil millones de dólares a Odebrecht. Aquí lo interesante denota en la participación que el gobierno estadounidense le dedicó a este caso propio de

Sudamérica. Una vez más, mencionamos a la FCPA misma que dispone investigar y sancionar empresas o personas extranjeras que causaran daño, ya sea de modo directo o a través de terceros agentes, el pago de coimas en territorio estadounidense y cualquier otro tipo de actos de corrupción. De cara a esto, la sociedad dedicada a la construcción, Odebrecht, habría realizado en Texas, Luisiana y Florida obras de infraestructura, configurándose de cierto modo la aplicación de la extraterritorialidad.

Lo anterior deja en evidencia que la práctica de filiales radicadas en Estados Unidos y otros países de Sudamérica, ante sus malos manejos comerciales, ocasionaron un impacto negativo desconcertante en la sociedad matriz de Odebrecht. Esta filial se encontraba situada en Brasil, ocasionó que se active la persecución por parte de Estados Unidos en territorio extranjero.

7. Responsabilidad jurídica de la sociedad matriz y partes relacionadas

Las organizaciones deben emplear conceptos éticos que se relacionen con la cultura de una empresa y la necesidad de observar determinados estándares en el desarrollo de los negocios, esto que enlaza directamente con el cumplimiento de la legalidad, conforme a los lineamientos de los ordenamientos jurídicos.⁴⁶

Existen jurisdicciones donde el nivel de responsabilidad civil o penal, incluso administrativa, aplicado a las personas jurídicas, atraviesa por analizar su cultura organizativa, para el adecuado cumplimiento normativo que previene y mitiga la responsabilidad civil y penal de la empresa⁴⁷. Con respecto al ámbito global, la determinación de la responsabilidad penal ya sea en la esfera de personas naturales como jurídicas, ha tenido una gran evolución, esto porque la imaginación de nuevas formas de cometer delitos ha surgido. Recordemos que en el Estado ecuatoriano la responsabilidad de la persona jurídica se encuentra regulada en el capítulo 5 del COIP.

Con respecto al ámbito civil, para los autores Olmedo Piedra y María de Lourdes Alonso, la responsabilidad civil es la ilicitud en la conducta que transgrede el ordenamiento

⁴⁶ Casanovas Ysla, “Serie de cuadernos sobre cumplimiento legal. Cuaderno 1: Conoce tu organización, en KPMG”, 7, <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Legal/Mercantil/Paginas/Cuadernos/Cuaderno1->

⁴⁷ Valera Artza, “La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal: Fundamentos y Límites”, (2013), 45-74.

jurídico, ocasionando un daño que puede ser realizado con culpa o dolo, siendo este, susceptible de una indemnización civil⁴⁸. Con respecto a que el problema de que un empleado o directivo cometa un delito es que en demasiadas ocasiones se supone que la sociedad mercantil tendrá algún tipo de responsabilidad civil subordinada.

Bajo ciertas legislaciones más modernas de lucha contra la corrupción, las casas matrices pueden ser responsables por los actos ilícitos cometidos por sus subsidiarias ⁴⁹en el exterior. Se puede considerar a la empresa principal como responsable, si ésta tiene controlado los asuntos de la subsidiaria, en donde maneja todos los temas relevantes a las ejecuciones que se dé dentro de estas filiales. Un ejemplo para que dicha responsabilidad pueda surgir se da cuando la sociedad matriz autorizara, aprobara o se hiciera la desentendida ante los actos de corrupción cometidos por sus subsidiarias.

Sobre el tema, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) ha señalado que en algunas jurisdicciones la utilización de las subsidiarias puede crear impedimentos jurídicos en los cuales se podría proteger a la casa matriz contra esa responsabilidad⁵⁰. Lo que ha mencionado la OCDE es totalmente aplicable, ya que la sociedad matriz y la subsidiaria extranjera son personas jurídicas independientes que operan en jurisdicciones diferentes con leyes y regímenes diferentes. Por lo tanto, si la sociedad matriz tiene el carácter de accionista de la subsidiaria, ésta se encontraría protegida, por ejemplo, por el denominado velo corporativo, que es una figura societaria utilizada para proteger el patrimonio de los socios al momento de la separación jurídica de la sociedad, lo cual no la haría responsable de los actos de la subsidiaria.

Las características que implementa la ley FCPA que a la vez son adoptadas también por otras legislaciones nacionales, son una herramienta altamente efectiva para la lucha de la corrupción cuando en los actos de soborno transnacional intervienen las empresas subsidiarias o filiales extranjeras, ⁵¹lo que hace que se genere una responsabilidad a la sociedad matriz.

⁴⁸ Olmedo Piedra, María de Lourdes Alonso, “Responsabilidad Civil”, (Universidad del Azuay, 2009)

⁴⁹ Diego Sabat, Responsabilidad de la sociedad matriz por prácticas corruptas cometidas por sus filiales en el extranjero, 2298.

⁵⁰ OCDE, “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales, Informe Final”, (2009), 21. <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/49085275.pdf>.

⁵¹ Francesco Galgano, , “Grupo de Sociedades (Dirección y Coordinación de Sociedades, 1ª Ed., Ed”. (La Ley, Bs. As, 2017), 12.

Este fenómeno en la esfera de lo societario adquiere vital trascendencia en la conocida era de la globalización. En este escenario, podemos referirnos al grupo transnacional, así como la sociedad comercial que actúa en una pluralidad de mercados locales. Señala el autor Galgano que, desde una perspectiva jurídica, la sociedad comercial multinacional actúa como una empresa de grupo formada por una inmensa pluralidad de sociedades, mostrándose cada una de ellas a los terceros como un sujeto de derecho distinto de las demás⁵². Estas empresas son las protagonistas de la economía actual.

De estas nociones, se deduce la existencia de relaciones de regulación y control entre la casa matriz y sus filiales, aterrizando así en la presunta responsabilidad de la casa matriz ante las actuaciones ilícitas materialmente ejecutadas o ejecutables por las subsidiarias, cuyo fundamento se ha perfilado en lo que la doctrina conoce como el enfoque empresarial (*Enterprise approach*)⁵³, en cuanto al grado de vinculación de las empresas filiales respecto de la sociedad matriz donde de manera pormenorizada se asemeja a la teoría de la responsabilidad del agente principal ("*principal-agent theory of liability*"), en lo que respecta al control directo y ratificación de las operaciones influyentes.

Para efectos de una mejor comprensión, en otras palabras, este criterio sostiene que en vista del control que la matriz desempeña, mismo que engloba el conocimiento de la actuación de la filial, esta actúe como agente de la sociedad matriz⁵⁴. De lo mencionado, se atribuye entonces una responsabilidad genérica de la casa matriz respecto de sus empresas filiales. En virtud de esto, a su vez, se distingue un sistema de imputación basado en la autorresponsabilidad, es decir, imputar a la sociedad los actos ilícitos ejecutados por ella misma, igualmente considerando el hecho de que un administrador o un empleado hizo un acto por cuenta y en beneficio de la persona jurídica.

En este sentido, se asigna a la empresa matriz la responsabilidad por los cometimientos ilícitos de sus empresas filiales, ya sea de modo absoluto o con la eventualidad de graduar esa responsabilidad, hasta el punto de eximir de ella en atención a la conducta desplegada por la sociedad matriz.⁵⁵ De aquí se desprende ese riesgo latente

⁵² Francesco Galgano, Grupo de Sociedades (Dirección y Coordinación de Sociedades, 12.

⁵³ Tully, S. (2012).

⁵⁴ The United States Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act Guide.

⁵⁵ Juan Gonzáles, "Consideraciones acerca de la responsabilidad penal de las empresas matrices en relación con la actuación de sus filiales", 4.

que recaer sobre la sociedad matriz en el desenvolvimiento de las actuaciones que las empresas filiales reflejen.

8. Análisis de la información

De acuerdo con lo manifestado, se establece que, al carecer las empresas de un correcto programa de cumplimiento, se puede generar una situación de riesgo que alcanza a materializarse en la comisión de las diversas clases de delitos por acción o imprudencia, tanto de la casa matriz como de sus filiales y subsidiarias, al no haber cumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad conforme lo establecen ciertos ordenamientos jurídicos y tratados internacionales. En esta implementación se debe especificar los sujetos que se encuentran obligados a cumplir con toda la normativa, así como los sectores en los que, por las circunstancias de su actividad, son más probables que se pueda generar el cometimiento de distintas infracciones penales.

Existe un problema en donde se está asumiendo la responsabilidad por el accionar de las partes relacionadas cuando la empresa matriz muchas veces no tiene conocimiento de los hechos que estas efectúan. En estos casos se puede decir que existe una vulneración al buen gobierno corporativo, esto porque no se toma una adecuada toma de decisiones por parte de directivos afectando a la lucha de la corrupción. Esto acarrea que la finalidad que se tiene al conformar una persona jurídica se vea perjudicada, puesto que los intereses son distintos. Esto afecta los beneficios en empresas a gran escala como lo es el caso de las multinacionales y esto puede generar un retroceso al desarrollo económico, puesto que muchas veces se ven implicados casos de corrupción los cuales, según a criterio de Paolo Mauro, “investigaciones realizadas en un vasto número de países sugieren que la corrupción puede tener un importante efecto negativo en los niveles de inversión, crecimiento, igualdad y bienestar de una economía”⁵⁶.

De la misma manera, tenemos una afectación a la expansión global, en donde hemos podido constatar algunos casos de mala práctica ante los cumplimientos normativos dentro de las empresas. Esto los constatamos en los casos mencionados anteriormente,

⁵⁶ Paolo Mauro. “Corruption and Growth”. The Quarterly Journal of Economics, 110, N° 3”. 1995.

como lo es de Odebrecht que tuvo problemas de soborno en países como Brasil, Venezuela, República Dominicana, Ecuador, Argentina, Panamá, Perú, Colombia, México y Guatemala. Si bien es cierto, que existen los programas de cumplimiento que las empresas pueden implementarlos, muchas veces no se da respuesta a esta interrogante que estamos planteando en este trabajo jurídico, que es que la casa matriz pueda mitigar la responsabilidad por la sus subsidiarias o filiales.

9. Conclusiones

El estudio que se realizó con respecto a la implementación de un adecuado programa de compliance, en donde las casas matrices pueden mitigar responsabilidad por las acciones de una subsidiaria, permitió demostrar que, ha habido varios casos emblemáticos alrededor del mundo que nos han permitido entender que muchas veces los casos de responsabilidad penal y civil vienen de las filiales o subsidiarias que son controladas a su vez por la casa matriz o como lo vimos sociedad holding. Se identificó que casos como corrupción que se han dado dentro de filiales o subsidiarias han acarreado responsabilidad a las casas matrices generado mediante la penalización por el denominado soborno transnacional. Como lo vimos, esto con la Ley FCPA como una norma extraterritorial.

Con la implementación de un adecuado programa de cumplimiento, las casas matrices pueden mitigar, atribuirse responsabilidad por las acciones de una subsidiaria otorgando una protección jurídica a la empresa matriz para que se pueda aplacar la imputación sobre un hecho que provengan de filiales que se encuentran en Ecuador. Es menester que las empresas multinacionales que tengan sus filiales o subsidiarias en Ecuador o en otros países, otorguen prioridad a la incorporación de un programa de cumplimiento normativo, que se vincule desde la casa matriz hasta todas las filiales o subsidiarias que tengan en diferentes países, con la responsabilidad penal por las actuaciones individuales de cada dependencia.

En Ecuador, el ordenamiento jurídico se ha tardado en incorporar en las normativas parámetros internacionales que, como se mencionó tienen influencia de otras legislaciones. Como se indicó actualmente, se han incorporado en el COIP los pasos principales que se debe seguir según la normativa para tener una adecuada implementación del cumplimiento normativo dentro de las empresas. Además, con la introducción de las reformas en el

ordenamiento jurídico ecuatoriano, se presenta un escenario que ha ampliado el espectro legal para sancionar a las personas jurídicas, cambiando la idea de responsabilidad penal, pero la cual requiere una regulación para constituirse y así abarcar de forma específica las compañías y sus partes relacionadas.

No obstante, aparte de la adecuada implementación de un programa de cumplimiento, se requiere que el órgano administrativo corporativo, ante las circunstancias y elementos que requieran, se tenga una prevención para impedir la consumación de delitos bajo la figura de la persona jurídica. Esto bajo la existencia de normativas empresariales que regulen los actos acordes a la ley vigente, no solamente en Ecuador, sino en los estados donde tengan su domicilio las partes relacionadas.